Copyright Board Canada

Commission du droit d'auteur Canada

Copying for Private Use

***Copyright Act*, subsection 83(8)**

File: Private Copying 2012, 2013 and 2014

TARIFF OF LEVIES TO BE COLLECTED BY CPCC IN 2012, 2013 AND 2014 ON THE SALE OF BLANK AUDIO RECORDING MEDIA, IN CANADA, IN RESPECT OF THE REPRODUCTION FOR PRIVATE USE OF MUSICAL WORKS EMBODIED IN SOUND RECORDINGS, OF PERFORMERS' PERFORMANCES OF SUCH WORKS OR OF SOUND RECORDINGS IN WHICH SUCH WORKS AND PERFORMANCES ARE EMBODIED

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

The Honourable William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mr. J. Nelson Landry

Date of the Decision

August 30, 2013

Copie pour usage privé

***Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 83(8)**

Dossier : Copie privée 2012, 2013 et 2014

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR LA SCPCP EN 2012, 2013 ET 2014 SUR LA VENTE DE SUPPORTS AUDIO VIERGES, AU CANADA, POUR LA COPIE À USAGE PRIVÉ D'ENREGISTREMENTS SONORES OU D'ŒUVRES MUSICALES OU DE PRESTATIONS D'ŒUVRES MUSICALES QUI LES CONSTITUENT

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

L'honorable William J. Vancise
M[e] Claude Majeau
M[e] J. Nelson Landry

Date de la décision

Le 30 août 2013

Ottawa, August 30, 2013

File: Private Copying 2012, 2013 and 2014

Reasons for the decision

INTRODUCTION

[1] On March 31, 2011, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) filed with the Board a statement of proposed levies to be collected in 2012-2013 on the sale of blank audio recording media, in Canada, in respect of the reproduction for private use of musical works embodied in sound recordings, of performers' performances of such works or of sound recordings in which such works and performances are embodied ("private copying"), pursuant to section 83 of the *Copyright Act*[1] (the "*Act*"). This statement was published in the *Canada Gazette* on May 14, 2011, together with a notice concerning the right of anyone to object to it in writing until July 13, 2011.

[2] The Board received objections from 21 corporations and 17 individuals. On August 18, 2011, the Board requested that objectors confirm their intention to participate fully in the process. Fourteen answered the notice; those who did not were deemed to have withdrawn and their notices of objection were treated as letters of comment.

[3] The proposed tariff targeted recordable compact discs (CD-R, CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio: together "blank CDs") and, for the first time, electronic memory cards. On September 1, 2011, CPCC abandoned its claim with respect to all memory cards except microSD cards.

[4] On November 18, 2011, pursuant to section 66.51 of the *Act*, CPCC asked for an interim tariff on blank CDs. On December 19, the Board granted the application.

Ottawa, le 30 août 2013

Dossier : Copie privée 2012, 2013 et 2014

Motifs de la décision

INTRODUCTION

[1] Le 31 mars 2011, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) a déposé auprès de la Commission, conformément à l'article 83 de la *Loi sur le droit d'auteur*[1] (la « *Loi* »), un projet de tarif des redevances à percevoir en 2012-2013 sur la vente de supports audio vierges, au Canada, pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent (« copie privée »). Le projet été publié dans la *Gazette du Canada* le 14 mai 2011, de même qu'un avis concernant le droit de quiconque de s'y opposer par écrit jusqu'au 13 juillet 2011.

[2] La Commission a reçu des avis d'opposition de 21 sociétés et de 17 particuliers. Le 18 août 2011, elle a demandé aux opposants de confirmer leur intention de participer pleinement au processus. Quatorze ont répondu à cette requête; ceux qui ne l'ont pas fait ont été réputés s'être retirés, et leur avis d'opposition a été traité comme une lettre de commentaires.

[3] Le projet de tarif visait les CD enregistrables (CD-R, CD-RW, CD-R Audio et CD-RW, collectivement les « CD vierges ») et, pour la première fois, les cartes mémoire électroniques. Le 1er septembre 2011, la SCPCP a abandonné sa demande à l'égard de toutes les cartes mémoire à l'exception des cartes microSD.

[4] Le 18 novembre 2011, conformément à l'article 66.51 de la *Loi*, la SCPCP a demandé un tarif provisoire pour les CD vierges. La Commission a fait droit à la demande le 19 décembre.

[5] On January 16, 2012, CPCC filed a statement of proposed levies for 2014. This statement was published in the *Canada Gazette* on February 11, 2012. In addition to some new objectors to the 2014 tariff, eight of the Objectors to the 2012-2013 tariff also objected to it.

[6] The proposed tariff for 2014 targeted only blank CDs and microSD cards. In all other respects, it was identical to the 2012-2013 proposal.

[7] On April 19, 2012, CPCC moved to join the consideration of both tariffs. The Board granted the motion. The hearing was initially set to start on May 15, 2012. Pursuant to a request from the Objectors, the Board postponed the hearing date to October 9, 2012.

[8] On July 3, 2012 the Minister of Industry announced that he intended to introduce regulations exempting microSD cards from private copying levies, pursuant to sections 79 and 87 of the *Act*. On July 20, 2012, at the request of the Objectors, the Board split the hearing into two phases. In Phase I, the Board would hear all the evidence dealing with CDs and CPCC's evidence dealing with microSD cards. If Phase II was required, the Board would hear the Objectors' evidence dealing with microSD cards.

[9] The Phase I hearing took place on October 9 and 10, 2012. Seven objectors participated in the hearing: the Retail Council of Canada (RCC), Samsung Electronics Canada Inc. (Samsung), Panasonic Canada Inc. (Panasonic) and a Coalition comprised of LG Electronics Canada, Inc., Micron Technology Inc., SanDisk Corporation and Research in Motion Limited. For the reasons set out below, it was not necessary to hold a Phase II hearing.

[10] The *MicroSD Cards Exclusion Regulations (Copyright Act)*[2] ("*Regulations*") were registered

[5] Le 16 janvier 2012, la SCPCP a déposé un projet de tarif des redevances à percevoir en 2014. Le projet a été publié dans la *Gazette du Canada* le 11 février 2012. En plus des nouveaux opposants au projet pour 2014, huit des opposants au tarif pour 2012-2013 s'y sont également opposés.

[6] Le projet de tarif pour 2014 visait uniquement les CD vierges et les cartes microSD. Sur tous les autres aspects, il était identique au projet pour 2012-2013.

[7] Le 19 avril 2012, la SCPCP a demandé que les deux tarifs soient examinés en même temps. La Commission a fait droit à la demande. L'audience a d'abord été fixée au 15 mai 2012. À la demande des opposants, la Commission l'a reportée au 9 octobre 2012.

[8] Le 3 juillet 2012, le ministre de l'Industrie a annoncé son intention de présenter un règlement excluant les cartes microSD des supports assujettis à une redevance pour la copie privée, conformément aux articles 79 et 87 de la *Loi*. Le 20 juillet 2012, à la demande des opposants, la Commission a divisé l'audience en deux étapes. La Commission entendrait d'abord tous les arguments concernant les CD ainsi que les arguments de la SCPCP concernant les cartes microSD. Elle entendrait ensuite, si nécessaire, les arguments des opposants concernant les cartes microSD.

[9] La première étape de l'audience a eu lieu les 9 et 10 octobre 2012. Sept opposants se sont présentés, soit le Conseil canadien du commerce de détail (CCCD), *Samsung Electronics Canada Inc.* (Samsung), *Panasonic Canada Inc.* (Panasonic) et une coalition composée de *LG Electronics Canada, Inc.*, de *Micron Technology Inc.*, de *SanDisk Corporation* et de *Research in Motion Limited*. Pour les raisons énoncées ci-dessous, la deuxième étape n'a pas été nécessaire.

[10] Le *Règlement d'exclusion visant les cartes microSD (Loi sur le droit d'auteur)*[2] (le

and came into force on October 18, 2012 and were published in the *Canada Gazette* on November 7, 2012. The *Regulations* exclude microSD cards from the definition of "audio recording medium" under section 79 of the *Act* from the date they came into force. As a result, microSD cards cannot be subject to a private copying levy from that date.

[11] On November 29, 2012, the Board requested the parties to answer the four questions set out in paragraph 50 below, in order to ascertain the possible impact of the *Regulations* on the Board's ability to set a fair levy on microSD cards from January 1 to October 17, 2012. The record of these proceedings was perfected on February 8, 2013, when the Objectors replied to CPCC's submissions on these questions.

Position of the Parties

[12] CPCC proposed to maintain the current rate of 29¢ per blank CD and to set rates of 50¢ per microSD card of one gigabyte or less, $1.00 per card of more than one but less than eight gigabytes, and $3.00 per card of eight gigabytes or more. It argued that both blank CDs and microSD cards qualify as audio recording media and that the proposed rates are reasonable.

[13] The Coalition, Panasonic and Samsung argued that microSD cards do not qualify as audio recording media, that the proposed rates are excessive and that the proposed reporting obligations are unduly burdensome and require the reporting of information unnecessary for the administration of the tariff.

[14] RCC raised similar grounds of objections. In addition, it challenged the constitutionality of Part VIII of the *Act*. It also argued that CDs no longer qualify for a levy by reason that they are no longer ordinarily used by consumers to copy music.

« *Règlement* »), a été enregistré et est entré en vigueur le 18 octobre 2012, et a été publié dans la *Gazette du Canada* le 7 novembre 2012. À compter de sa date d'entrée en vigueur, il exclut les cartes microSD de la définition donnée à « support audio » à l'article 79 de la *Loi*. Par conséquent, les cartes microSD ne peuvent faire l'objet d'une redevance pour copie privée à partir de cette date.

[11] Le 29 novembre 2012, la Commission a demandé aux parties de répondre aux quatre questions énoncées au paragraphe 50 ci-dessous, en vue d'évaluer l'effet potentiel du *Règlement* sur la possibilité pour la Commission d'imposer une redevance juste sur les cartes microSD du 1er janvier au 17 octobre 2012. Le dossier de l'instance a été mis en état le 8 février 2013, lorsque les opposants ont répondu aux observations de la SCPCP sur ces questions.

Position des parties

[12] La SCPCP propose le maintien du taux actuel de 29 ¢ par CD vierge et l'imposition d'un taux de 50 ¢ par carte microSD d'un gigaoctet (Go) ou moins, de 1,00 $ par carte de plus d'un Go mais de moins de huit Go, et de 3,00 $ par carte de huit Go ou plus. Selon elle, tant les CD vierges que les cartes microSD constituent des supports audio et les taux proposés sont raisonnables.

[13] La coalition, Panasonic et Samsung font valoir que les cartes microSD ne constituent pas un support audio, que les taux proposés sont excessifs et que les obligations de rapport proposées sont indûment lourdes et visent des renseignements non nécessaires pour la gestion du tarif.

[14] Le CCCD a exposé des motifs d'opposition du même ordre. En outre, il conteste la constitutionnalité de la partie VIII de la *Loi*. Il fait aussi valoir qu'une redevance sur les CD n'est plus justifiée, au motif que les consommateurs ne s'en servent plus habituellement pour copier de la musique.

Analysis

Is Part VIII constitutional?

[15] RCC did not file evidence that it served the notice of constitutional challenge mandated by section 57 of the *Federal Courts Act*.[3] Consequently, the issue was not addressed.

Is a CD an Audio Recording Medium?

[16] Testifying for CPCC, Stephen Stohn, of Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond LLP, and Paul Audley, of Paul Audley and Associates, presented a report[4] which updated the valuation approach ("the Stohn/Audley model") the witnesses first proposed and that the Board has used repeatedly to set the levy on blank audio recording media. Relying on the data filed with their report, the witnesses concluded that in 2010-2011: (a) 15 per cent (373.5 million) of the 2.29 billion music tracks copied onto any medium or device were copied onto blank CDs;[5] (b) Canadian consumers purchased 33.4 million blank CDs,[6] of which 14.3 million were used to copy music,[7] and (c); 29 per cent of those who used CDs did so exclusively to copy music.[8]

[17] Forecasts contained in the latest version of the *Santa Clara Report*[9] on which the Board has relied in the past to assess trends in the sales of blank CDs tend to show that this market is continuing to contract, as the Board anticipated two years ago.[10] Based on these forecasts, RCC argued that blank CDs are no longer ordinarily used by consumers to copy music and, as such, should no longer attract a levy.

[18] We conclude that we can rely on the *Report*'s forecasts for 2011, but not for 2012 to 2014. The version available to us reports actual sales for 2010. As Messrs. Stohn and Audley noted in

Analyse

La Partie VIII est-elle constitutionnelle?

[15] Le CCCD n'a pas prouvé avoir déposé l'avis de question constitutionnelle prévu à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*.[3] Par conséquent, ce point n'a pas été abordé.

Un CD vierge est-il un support audio?

[16] Témoignant au nom de la SCPCP, Stephen Stohn, de Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond LLP, et Paul Audley, de *Paul Audley and Associates*, ont présenté un rapport[4] mettant à jour la méthode d'évaluation des redevances (le « modèle Stohn/Audley ») qu'ils ont initialement proposée et que la Commission a plusieurs fois utilisée pour établir la redevance à prélever sur les supports audio vierges. À la lumière des données contenues dans leur rapport, les témoins estiment qu'en 2010-2011 : a) 15 pour cent (373,5 millions) des 2,29 milliards de pistes audio copiées sur un support ou un appareil l'ont été sur des CD vierges;[5] b) les consommateurs canadiens ont acheté 33,4 millions de CD vierges,[6] dont 14,3 millions ont servi à copier de la musique;[7] c) 29 pour cent de ceux qui ont utilisé des CD l'ont fait exclusivement pour copier de la musique.[8]

[17] Les projections présentées dans la dernière version du *Rapport de Santa Clara*,[9] auxquelles la Commission s'est fiée par le passé pour estimer les tendances que suivent les ventes de CD vierges, semblent indiquer que ce marché continue de se contracter, comme l'avait anticipé la Commission il y a deux ans.[10] Sur la base de ces projections, le CCCD prétend que les consommateurs n'utilisent plus habituellement les CD vierges pour copier de la musique, et que ces CD ne devraient donc plus être assujettis à une redevance.

[18] Nous estimons que les projections du *Rapport* sont fiables pour 2011, mais non pour 2012 à 2014. La version à laquelle nous avons accès donne les ventes réelles enregistrées en

reply, Santa Clara's projections of future sales are reliable for the first year of each five-year projection presented but tend to overstate the rate of decline of sales in subsequent years.[11]

[19] The record clearly shows that blank CDs will continue to meet the threshold of "ordinary use" until the tariff ends with the year 2014. In 2011-2012, Canadians copied 373.5 million music tracks onto 14.3 million CDs. These numbers will fall. However, even if they were to fall by 70 per cent over the life of the tariff (meaning that in 2014, Canadians would copy 112 million music tracks onto 4.3 million CDs), CDs would still meet the required threshold. Two reference points suffice to support this conclusion.

[20] Having heard evidence that Canadians had copied 26.1 million music tracks onto audio cassettes in 2006-2007, the Board concluded that audio cassettes should continue to attract a levy in 2008-2009.[12] The copying of 112 million music tracks onto blank CDs in 2014 would be more than four times as much.

[21] Furthermore, in *PC VI*, the Board noted that the panel dealing with the first Private Copying decision had found that "the sale of 1.05 million, 2.3 million and 4.3 million units [to copy music] satisfied the threshold of 'ordinary use'."[13] Using 4.3 million blank CDs to copy music in 2014 would be as much if not more.

[22] We find therefore that a CD remains an audio recording medium as defined in section 79 of the *Act*.

What Should the Levy on Blank CDs Be?

2010. Comme MM. Stohn et Audley le soulignent dans leur réplique, les projections de ventes du *Rapport* sont fiables pour la première année de chacune des périodes quinquennales présentées, mais exagèrent généralement le rythme du déclin des ventes dans les années subséquentes.[11]

[19] La preuve montre clairement que les CD vierges continueront de satisfaire au critère de l'« utilisation habituelle » jusqu'à la fin de la période d'application du tarif en 2014. En 2011-2012, les Canadiens ont copié 373,5 millions de pistes musicales sur 14,3 millions de CD. Ces quantités diminueront. Cependant, même si elles chutaient de 70 pour cent pendant la période d'application du tarif (c.-à-d. si en 2014 les Canadiens copiaient 112 millions de pistes musicales sur 4,3 millions de CD), les CD satisferont encore ce critère. Deux points de référence suffisent pour étayer cette conclusion.

[20] Après avoir entendu des éléments de preuve selon lesquels les Canadiens avaient copié 26,1 millions de pistes musicales sur des audiocassettes en 2006-2007, la Commission a conclu que la redevance perçue sur les audiocassettes devait être maintenue en 2008-2009.[12] La copie de 112 millions de pistes musicales sur des CD vierges en 2014 représenterait quatre fois cette quantité.

[21] Par ailleurs, dans *CP VI*, la Commission a souligné que la formation saisie de la première décision de copie privée avait estimé que « la vente de 1,05 million, de 2,3 millions et de 4,3 millions d'unités [servant à copier de la musique] répondait au critère de l'"utilisation habituelle" ».[13] Le recours à 4,3 millions de CD vierges en vue de copier de la musique en 2014 correspondrait à une telle utilisation, voire plus.

[22] Nous jugeons par conséquent qu'un CD constitue toujours un support audio tel que celui-ci est défini à l'article 79 de la *Loi*.

Quelle devrait être la redevance sur les CD vierges?

[23] Since 1999, the Board has used the Stohn/Audley model intermittently to help determine the levy. The specification of the model is somewhat different today than it was in 1999, as it was adapted to reflect changes in the marketplace. Overall, however, its underlying assumptions, structure and approach remain the same.

[24] The model relies mostly on three sets of data. The first are what is paid to authors, record labels and performers to copy a musical work, a sound recording or a performance. The second and third are information about sales and uses made of CDs from two sources: the *Santa Clara Report*[14] and a monthly Music Monitor Survey CPCC has conducted on a continuing basis.[15]

[25] The model first requires calculating the per-track compensation to authors, performers and makers. For this purpose, Messrs. Stohn and Audley identified two proxies – one based on the compensation inherent in the making of a prerecorded CD ("CD proxy"), and one based on the compensation inherent in a digital download ("digital proxy"). The digital proxy was examined but set aside in earlier decisions of the Board; the witnesses argue that the reservations expressed by the Board have been addressed and that, as a result, the digital proxy has become usable.

[26] For our purposes, it is sufficient to characterize this part of the model as involving the following steps, when a prerecorded CD is used as proxy. First, the total compensation paid to authors, performers and makers on the sale of a prerecorded CD is calculated. Second, that amount is adjusted to account for the fact that not all authors, performers and makers are entitled to share in the levy. Third, a discount is applied

[23] Depuis 1999, la Commission a utilisé le modèle Stohn/Audley de manière intermittente pour déterminer les redevances à percevoir. Les caractéristiques du modèle sont quelque peu différentes aujourd'hui de ce qu'elles étaient en 1999, car le modèle a été adapté pour refléter l'évolution du marché. Néanmoins, dans l'ensemble, les hypothèses sous-jacentes, la structure et la méthode restent les mêmes.

[24] Le modèle se fonde principalement sur trois ensembles de données. Le premier est la rémunération versée aux auteurs, aux maisons de disques et aux interprètes lorsqu'une œuvre musicale, un enregistrement sonore ou une prestation sont copiés. Le deuxième et le troisième sont tirés de deux sources de renseignements sur les ventes et l'utilisation des CD : le *Rapport de Santa Clara*[14] et un sondage de veille musicale mensuel mené par la SCPCP sur une base permanente.[15]

[25] Le modèle prévoit d'abord le calcul de l'indemnité par piste versée aux auteurs, aux interprètes et aux producteurs. À cette fin, MM. Stohn et Audley ont utilisé deux mesures de référence – l'une fondée sur les redevances versées pour un CD préenregistré (« mesure de référence des CD »), et l'autre fondée sur celles versées pour un téléchargement numérique (« mesure de référence numérique »). La mesure de référence numérique a été examinée puis rejetée dans des décisions antérieures de la Commission; les témoins soutiennent avoir répondu aux réserves que la Commission avait exprimées à son égard et que, par conséquent, il est désormais possible de l'utiliser.

[26] Aux fins de la présente affaire, il est suffisant de dire que, lorsqu'un CD préenregistré sert de référence, la première partie du modèle fait intervenir les étapes suivantes. Premièrement, on calcule l'indemnité totale versée aux auteurs, aux interprètes et aux producteurs pour la vente d'un CD préenregistré. Deuxièmement, on ajuste cette somme pour refléter le fait que tous les auteurs, interprètes et producteurs n'ont pas droit à une

because a private copy is worth less than a prerecorded CD. Fourth, a premium is applied because consumers select each track copied onto a blank CD; consumers play no role in the selection of tracks copied onto a prerecorded CD. Fifth, the resulting amount is divided by the average number of music tracks per prerecorded CD. The steps involved when the digital proxy is used are only slightly different.

part de la redevance. Troisièmement, on réduit l'indemnité parce qu'une copie privée vaut moins qu'un CD préenregistré. Quatrièmement, on ajoute une prime parce que les consommateurs choisissent chacune des pistes copiées sur un CD vierge, alors qu'ils ne participent en rien au choix des pistes copiées sur un CD préenregistré. Cinquièmement, on divise la somme ainsi obtenue par le nombre moyen de pistes musicales que contient un CD préenregistré. Dans le cas de la mesure de référence numérique, les étapes ne diffèrent que très légèrement.

[27] Messrs. Stohn and Audley calculated the per-track compensation to authors, performers and makers at $0.11895 for the CD proxy and $0.0782 for the digital proxy. Differences in the two figures are attributable to factors that are not relevant here. The witnesses proposed using the weighted average of both proxies: $0.1030.

[27] Selon le calcul de MM. Stohn et Audley, l'indemnité par piste pour les auteurs, interprètes et producteurs est de 0,11895 $ pour les CD et de 0,0782 $ pour les copies numériques. L'écart est dû à des facteurs qu'il n'est pas pertinent d'aborder ici. Les témoins suggèrent d'utiliser la moyenne pondérée de ces deux mesures, soit 0,1030 $.

[28] In the Stohn/Audley model, further adjustments are made to the selected proxy to reflect the average number of tracks copied on a blank CD, the percentage of CDs actually used by consumers to copy music (including spoilage) and the fact that some copies (authorized downloads, promotional copies) are already authorized. Based on the usual data, the model yielded 75¢ using the CD proxy, 49¢ using the digital proxy and 65¢ using the blended proxy. These amounts are much more than the 29¢ CPCC is asking for.

[28] Dans le modèle Stohn/Audley, d'autres ajustements sont appliqués à la mesure de référence retenue, de manière à refléter le nombre moyen de pistes copiées sur un CD vierge, le pourcentage des CD que les consommateurs utilisent réellement pour copier de la musique (y compris les pertes) et le fait que certaines copies (téléchargements autorisés, copies promotionnelles) sont déjà autorisées. En utilisant les données habituelles, le modèle donne une redevance de 75 ¢ en utilisant la mesure de référence des CD, de 49 ¢ en utilisant la mesure de référence numérique et de 65 ¢ en utilisant la mesure mixte. Ces sommes sont nettement supérieures à la redevance de 29 ¢ demandée par la SCPCP.

[29] The Stohn/Audley model contains several assumptions that have been untested for the last several years. For example, in calculating the compensation per track as part of the CD proxy, adjustments are made to account for budget-line CD sales; that information has not been updated since 2006. Also, repertoire adjustments (required because not all authors, performers and makers

[29] Le modèle Stohn/Audley repose sur plusieurs hypothèses qui n'ont pas été évaluées depuis plusieurs années. Par exemple, dans le calcul de l'indemnité par piste dans la mesure de référence des CD, des ajustements sont apportés pour tenir compte des ventes de CD à bas prix; les données pertinentes n'ont pas été mises à jour depuis 2006. Aussi, les rajustements relatifs au répertoire

are entitled to share in the levy) are based on surveys conducted in 2007; it is not clear whether the use of the qualifying repertoire has changed substantially since.

[30] Another problematic variable in the model is the number of tracks copied onto a blank CD. Messrs. Stohn and Audley suggest that this number jumped from 18 in 2010 to 26 in 2011 and remained there in 2012. They explain this by noting that the number of tracks copied onto CDs grew while the number of CDs purchased by individuals remained roughly constant. This mechanistic conclusion does not explain such a change in behaviour. The reasons driving private copiers to use blank CDs more efficiently than before remain unexplained.

[31] A significant change in the number of tracks copied on each blank CD raises other issues, as was noted in *PC VII*:

> [9] Finally, some of the data supplied in evidence, if correct, may be used improperly. The average number of tracks being copied on a blank CD is a case in point. The adjusted remuneration per track, the proxy for setting the levy rate, is calculated assuming an average number of tracks on a prerecorded CD of 15. If the average number of tracks on a prerecorded CD was higher than 15, the adjusted remuneration per track would accordingly be reduced. Yet, the model assumes that regardless of the number of tracks being copied on a blank CD, the adjusted remuneration per track applies. This and other adjustments used in setting the amount of the private copying royalties may have to be re-examined if the market changes as rapidly as CPCC implied.[16]

[32] In addition, if 26 music tracks are copied onto a blank CD on average, then some files are

(qui sont nécessaires parce que tous les auteurs, interprètes et producteurs n'ont pas droit à une part de la redevance) sont fondés sur des sondages menés en 2007; on ne sait pas si le répertoire admissible a beaucoup changé depuis.

[30] Le nombre de pistes copiées sur un CD vierge est une autre variable incertaine. MM. Stohn et Audley affirment que ce nombre est passé de 18 en 2010 à 26 en 2011, et qu'il est resté stable en 2012. Ils expliquent ce changement en soulignant que le nombre de pistes copiées sur des CD a augmenté, alors que le nombre de CD achetés est demeuré à peu près le même. Cette conclusion mécanistique ne fournit aucune explication à ce changement de comportement. Les raisons pour lesquelles ceux qui font des copies privées utilisent les CD vierges plus efficacement qu'auparavant restent inexpliquées.

[31] Une modification importante du nombre de pistes copiées par CD vierge soulève d'autres questions, comme il a été noté dans *CP VII* :

> [9] Enfin, il se pourrait que certaines des données présentées en preuve soient utilisées de façon inappropriée, même si elles sont exactes. Il en est ainsi du nombre moyen de pistes copiées sur un CD vierge. La rémunération ajustée par piste, qui sert à déterminer le taux de redevance, est calculée en supposant qu'un CD préenregistré compte en moyenne 15 pistes. Si ce nombre était supérieur à 15, la rémunération ajustée par piste diminuerait en conséquence. Or, le modèle suppose que, indépendamment du nombre de pistes copiées sur un CD vierge, la rémunération ajustée par piste s'applique. En conséquence, il sera peut-être nécessaire de réexaminer cette rémunération et d'autres ajustements servant à établir le montant des redevances sur la copie privée si le marché évolue aussi rapidement que l'a sous-entendu la SCPCP.[16]

[32] En outre, si 26 pistes musicales en moyenne sont copiées sur un CD vierge, cela signifie que

being copied in a compressed format. Compression implies a loss of frequency. A further adjustment may be needed to take this into account. In the absence of any evidence on this value however, we are unable to assess the importance of this adjustment.[17]

[33] There is a more fundamental problem with the Stohn/Audley model. Its usefulness depends on the appropriateness of the data it uses to generate results. As long as the data are reliable and reflect, with some level of permanency, trends that are clear, stable and measurable, the model is useful.

[34] When a technology reaches the end of its life cycle, the information that can be obtained, especially from surveys, will tend to be sufficiently unstable to become unreliable. This will make the Stohn/Audley model unusable. The Board alluded to this in in *PC VII*:

> [7] The market for blank CDs is contracting at a very rapid pace, to the benefit of other, newer copying technologies. The blank CD is reaching the end of its technology life cycle; its market is expected to become insignificant within the next few years. In this context of such rapid changes, the information CPCC is able to obtain, especially that derived from surveys, necessarily becomes less reliable. The annual changes that can be observed may not reflect trends, but either short term, transitional or erratic variations. For instance, the increase in the proportion of CDs bought by individuals is the result of a sharp decline in the purchase of blank CDs for business and commercial use. Such an increase clearly is not reflective of a permanent change, as individuals are also expected to eventually reduce the quantity of blank CDs they buy.[18]

certains fichiers sont copiés dans un format comprimé. La compression entraîne une perte de fréquence. Un nouvel ajustement pourrait être nécessaire pour en tenir compte. En l'absence de quelque donnée que ce soit sur cette valeur, cependant, nous ne sommes pas en mesure d'évaluer l'ampleur de l'ajustement requis.[17]

[33] Le modèle Stohn/Audley pose un problème plus fondamental : son utilité dépend de la pertinence des données sur lesquelles il s'appuie pour générer les résultats. Tant que les données sont fiables et reflètent, avec un certain niveau de constance, des tendances claires, stables et mesurables, le modèle a son utilité.

[34] Lorsqu'une technologie atteint la fin de son cycle de vie, les renseignements qui peuvent être obtenus, tout particulièrement par sondage, deviennent généralement instables au point de ne plus être fiables, ce qui rendrait le modèle Stohn/Audley inutilisable. La Commission y fait allusion dans *CP VII* :

> [7] Le marché des CD vierges se contracte très rapidement au profit de technologies de reproduction plus récentes. Le CD vierge approche de la fin de son cycle de vie technologique et sa part de marché devrait être négligeable d'ici peu. Des changements aussi rapides font en sorte que les renseignements que la SCPCP peut obtenir, notamment ceux qui proviennent de sondages, deviennent nécessairement moins fiables. Les changements annuels pouvant être observés ne correspondent pas nécessairement aux tendances, il pourrait s'agir de variations transitoires, erratiques et de courte durée. Par exemple, la hausse de la proportion de CD achetés par des particuliers s'explique par une forte diminution de l'achat de ces supports à des fins commerciales. Manifestement, il ne s'agit pas d'un changement permanent : les particuliers devraient eux aussi diminuer avec le temps la quantité de CD vierges qu'ils achètent.[18]

[35] The record of these proceedings confirms that the blank CD is in decline and will almost certainly have reached the end of its technology life cycle by the end of 2014.[19] CD sales in 2010-2011 were at a third or less of their peak both in value and in number of units sold. Though we doubt that the decline in 2012 and beyond will be as steep as the *Santa Clara Report* predicts, we do not doubt that it will continue.

[35] Le dossier de l'instance confirme que le CD vierge est en déclin et aura presque assurément atteint la fin de son cycle de vie technologique à la fin de 2014.[19] Les ventes de CD en 2010-2011 représentaient le tiers, voire moins, de leur sommet historique, que ce soit en valeur ou selon le nombre d'unités. Nous ne croyons pas que le déclin sera aussi rapide que ce que prévoit le *Rapport de Santa Clara* pour 2012 et par la suite, mais nous ne doutons aucunement qu'il se poursuivra.

[36] The proportion of blank CDs sold to consumers was 54 per cent in 2006-2007, 39 per cent in 2008-2009, 59 per cent in 2009-2010 and almost 65 per cent in 2010-2011. These fluctuations are mentioned in the passage from *PC VII* just quoted. They accord with life cycle theory. Technology adopters are generally classified as innovators, early adopters, early majority, late majority, and laggards.[20] Innovators and early adopters who first purchased blank CDs have long moved on to other storage media. So have businesses, since they must adapt to newer, better technologies to remain competitive. Those who remain are essentially consumers who continue to use blank CDs either by choice (laggards) or by necessity (the owner of a car equipped with a sound system which can play a CD but not an iPod). As that core number of consumers resists transitioning to a new technology while firms are forced to transition, the fraction of CDs purchased by individuals will rise.

[36] La proportion de CD vierges vendus aux consommateurs était à 54 pour cent en 2006-2007, à 39 pour cent en 2008-2009, à 59 pour cent en 2009-2010 et à près de 65 pour cent en 2010-2011. Ces fluctuations sont mentionnées dans le passage de *CP VII* précité. Elles concordent avec la théorie du cycle de vie. Ceux qui adoptent les nouvelles technologies sont généralement désignés comme faisant partie soit des innovateurs, des utilisateurs précoces, de la majorité précoce, de la majorité tardive ou des retardataires.[20] Les innovateurs et les utilisateurs précoces qui ont été les premiers à acheter des CD vierges sont depuis longtemps passés à d'autres supports d'enregistrement. Les entreprises ont fait de même, puisqu'elles doivent s'adapter aux technologies récentes et améliorées pour rester concurrentielles. Ceux qui restent sont essentiellement des consommateurs qui continuent d'utiliser des CD vierges soit par choix (retardataires), soit par nécessité (p. ex. propriétaire d'un véhicule dont le système de son permet la lecture de CD mais non d'un iPod). Comme ce noyau de consommateurs résiste au passage à une nouvelle technologie pendant que les entreprises y sont forcées, la proportion des CD qui sont achetés par des particuliers augmente.

[37] The number of CDs bought by consumers continues to decrease; the number of CDs bought for business and commercial use decreases more rapidly. This leads to an increase in the percentage of CDs bought by individuals. This trend will probably continue until the total market itself

[37] Le nombre de CD achetés par des consommateurs continue de baisser, mais le nombre de CD achetés pour être utilisés en entreprise ou à des fins commerciales baisse encore plus rapidement. Cela se traduit par une augmentation du pourcentage des CD qui sont

becomes insignificant, at which point CDs will cease to be ordinarily used by individual consumers to copy music in any event.

[38] As fewer Canadians use blank CDs to copy music, the data required to apply the model will become less stable, less reliable and more difficult to collect.

[39] The application of the Stohn/Audley model to a technology nearing the end of its life cycle also raises an issue of fairness and common sense. In this model, an increase in the proportion of blank CDs bought by individuals, everything else being equal, leads to an increase in the amount of the levy. To some, this is normal in a regime that requires the total amount of the levy to be spread equally among all units of a blank media of a given type. They may even argue that this is both expected and desirable: the burden of the activity for which the levy is collected is falling more and more on those who perform the activity.

[40] Yet this result, though apparently logical, seems perverse and may be unfair. Blank CDs are low-price, low-margin goods. Increasing the per-unit levy on them probably leads to an increase in price. Triggering an increase in the price of a good close to or at the end of its life cycle through an external factor such as a levy imposed by a government agency seems absurd.

[41] Just as CDs are reaching the end of their cycle, we conclude that the usefulness of the Stohn/Audley model has run its course. Consequently, we will therefore no longer use this model.

achetés par des particuliers. Cette tendance se poursuivra sans doute jusqu'à ce que le marché total devienne négligeable, auquel moment les consommateurs individuels cesseront de toute façon d'utiliser habituellement les CD pour copier de la musique.

[38] À mesure que le nombre de Canadiens utilisant des CD vierges pour copier de la musique diminue, les données nécessaires à l'application du modèle deviendront moins stables, moins fiables et plus difficiles à collecter.

[39] L'application du modèle Stohn/Audley à une technologie en fin de cycle de vie soulève aussi une question d'équité et de bon sens. Dans ce modèle, une augmentation de la proportion des CD vierges achetés par des particuliers, toutes choses étant égales par ailleurs, se traduit par une augmentation de la redevance. Pour certains, cela est normal dans un régime où le total des redevances est réparti également entre toutes les unités vierges d'un type donné de support. Ils pourraient même affirmer que ce résultat est à la fois prévisible et souhaitable : le fardeau de l'activité pour laquelle la redevance est perçue incombe de plus en plus à ceux qui pratiquent cette activité.

[40] Pourtant, ce résultat en apparence logique paraît pervers et pourrait être injuste. Les CD vierges sont des marchandises à bas prix procurant une faible marge bénéficiaire. L'augmentation de la redevance unitaire se traduit probablement par une augmentation de leur prix. Il semble absurde d'augmenter le prix d'une marchandise qui est en fin de cycle de vie, ou presque, par la voie d'un facteur externe comme une redevance imposée par un organisme gouvernemental.

[41] Les CD approchant la fin de leur cycle de vie, nous estimons que l'utilité du modèle Stohn/Audley est révolue. Nous ne nous y fierons donc plus.

[42] No objector proposed a particular figure for the CD levy. RCC referred to a report[21] documenting levies imposed on blank CDs, other recording media and recording devices in 26 countries, including Canada. Levies expressed as set amounts were converted to Euros; those expressed as a percentage of a rate base (import price, value, etc.) were left as is. Euro rates varied from 1 to 34 cents; only four were higher than Canada's. RCC wants us to rely on this information to conclude that a levy of 29¢ is too high.

[43] The Board will continue its practice of viewing foreign rates with caution.[22] This example demonstrates why. We do not know how these rates were set. We know that only four are higher than the current Canadian rate. We also know that the rates vary by a factor of as much as 34 to 1. We do not know whether prices at the lower end were influenced by market or other (political) considerations that do not exist in Canada: for example, the imposition of levies on media (e.g. DVDs) that are not levied in Canada or on devices, which are not subject to the Canadian regime, may result in the overall burden of the levy being distributed more widely. It would be imprudent to take those prices into account in setting the levy without knowing considerably more about them.

[44] Having rejected the proposals of both parties, we are left with the filing of CPCC. CPCC has filed for a levy of 29¢, as it has done continuously since 2010. In *PC VI* and *PC VII*, the Board found that 29¢ was a reasonable levy and indeed, that any other reasonable levy probably would be higher. If our end of life analysis is correct, then a reasonable levy could be even higher still, subject to our comments in paragraph 40 about the possible unfairness of increasing the price of a good close to or at the end of its life cycle through

[42] Aucun opposant n'a proposé de taux précis pour la redevance sur les CD. Le CCCD a fait référence à un rapport[21] documentant les redevances imposées sur les CD vierges, d'autres supports d'enregistrement et les appareils d'enregistrement dans 26 pays, y compris le Canada. Les redevances en numéraire ont été converties en euros; celles établies à un pourcentage d'un taux de base (prix à l'importation, valeur, etc.) ont été laissées telles quelles. Les taux en euros variaient de 1 à 34 cents; ils n'étaient supérieurs aux taux canadiens que dans quatre cas. Le CCCD souhaite que nous nous fondions sur cette information pour conclure que la redevance de 29 ¢ est trop élevée.

[43] La Commission poursuivra sa pratique consistant à faire preuve de prudence à l'égard des taux étrangers.[22] L'exemple qui suit fournit une explication. Nous ne savons pas comment ces taux ont été fixés. Nous savons que quatre seulement sont plus élevés que les taux canadiens. Nous savons aussi que les taux varient d'un facteur pouvant atteindre 34 pour 1. Nous ne savons pas si les taux les plus bas ont été influencés par des caractéristiques des marchés ou d'autres considérations (politiques) qui n'existent pas au Canada. Ainsi, l'imposition de redevances sur des supports (p. ex. les DVD) qui n'y sont pas assujettis au Canada, ou sur des appareils, qui ne sont jamais visés par le régime canadien, pourrait faire en sorte que le fardeau global du régime soit réparti plus largement. À défaut d'avoir beaucoup plus de renseignements, il serait imprudent de tenir compte de ces taux pour fixer une redevance.

[44] Comme nous avons rejeté les propositions des deux parties, il ne nous reste que le taux que propose la SCPCP dans son projet de tarif. Celle-ci a proposé une redevance de 29 ¢, comme elle l'a fait chaque fois depuis 2010. Dans *CP VI* et *CP VII*, la Commission a estimé que 29 ¢ constituait une redevance raisonnable et même, que toute autre redevance raisonnable serait probablement plus élevée. Si notre analyse de fin de cycle est exacte, alors une redevance raisonnable pourrait être encore plus élevée, sous

a levy imposed by a government agency.

réserve de nos commentaires formulés au paragraphe 40 quant au caractère potentiellement injuste d'une augmentation du prix d'une marchandise qui est en fin de cycle de vie, ou presque, par la voie d'une redevance imposée par un organisme gouvernemental.

[45] The current levy is a reality in the marketplace. Leaving it unchanged both provides rights holders with some compensation until none is payable any longer, while avoiding some of the perverse effects that too rigid a calculation based on actual consumption may have on the pricing of a good at the end of its life cycle.

[45] La redevance actuelle fait partie des réalités du marché. Son maintien permet à la fois d'indemniser les titulaires de droits jusqu'à ce qu'une telle indemnisation ne soit plus applicable et d'éviter certains des effets pervers que pourrait avoir un calcul trop rigide fondé sur la consommation réelle sur le prix d'une marchandise en fin de cycle.

[46] Accordingly, we certify a levy of 29¢ per blank CD.

[46] En conséquence, nous homologuons une redevance de 29 ¢ par CD vierge.

Reporting Requirements

Obligations de rapport

[47] The Objectors provided no evidence or argument that could lead us to conclude that the existing reporting obligations are unduly burdensome; these will remain as in the past.

[47] Les opposants n'ont présenté aucun élément de preuve ni argument nous poussant à conclure que les obligations de rapport actuelles sont indûment lourdes; elles restent donc inchangées.

Is a microSD Card an Audio Recording Medium?

Une carte microSD est-elle un support audio?

[48] In 2003, the Board refused to certify a private copying levy on removable memory cards based on a lack of supporting evidence that all removable cards as a group were "audio recording media."[23] Such is not the case here. CPCC limited its proposed tariff to microSD cards and adduced evidence that these cards are "audio recording media." Based on the record as it now stands, and without the benefit of evidence the Objectors might have filed in Phase II of these proceedings, we would conclude that a microSD card is an audio recording medium as defined in section 79 of the *Act*.

[48] En 2003, la Commission a refusé d'homologuer une redevance pour la copie privée sur les cartes mémoire amovibles parce que la preuve ne permettait pas de conclure que toutes ces cartes, en vrac, étaient des « supports audio ».[23] La question ne se soulève pas en l'espèce. La SCPCP a restreint son projet de tarif aux cartes microSD et a produit une preuve étayant l'argument selon lequel ces cartes sont un « support audio ». À la lumière du dossier actuel et sans égard à la preuve qu'auraient pu présenter les opposants à la deuxième étape des présentes, nous serions d'avis qu'une carte microSD constitue un support audio aux termes de l'article 79 de la *Loi*.

[49] Consequently, barring exceptional circumstances, and (again) subject to any evidence

[49] Par conséquent, sauf circonstances exceptionnelles, et toujours sous réserve de la

the Objectors might have filed in Phase II, CPCC would be entitled to collect royalties on microSD cards from January 1 to October 17, 2012. We examine below whether such exceptional circumstances exist in this instance.

Positions of the parties on the issues raised in the Board's notice of November 29, 2012

[50] Shortly after the *Regulations* came into force, the parties were asked to answer four questions, on the assumption that microSD cards would qualify as audio recording media and that any levy on them would be retroactive to January 1, 2012:

> a) would it be intrinsically unfair to establish a tariff given that past experience has demonstrated that in the Private Copying Regime retroactive collection of royalties is either difficult or impossible?
>
> b) would the costs of the establishment of the accounting and reporting structures for the parties for a period of less than ten months be disproportionate to the proposed or potential royalties?
>
> c) would the cost of deciding the issue of whether microSD cards are audio recording media be disproportionate to the proposed or potential royalties?
>
> d) would it be intrinsically unfair to establish a tariff for any other reason?

[51] The Objectors have answered the questions in the affirmative. CPCC has answered the questions in the negative.

[52] RCC alone contends that the Board could not certify a tariff on microSD cards once the *Regulations* came into force. It argues that the ministerial announcement and the Regulatory

preuve qu'auraient pu présenter les opposants à la deuxième étape des présentes, la SCPCP aurait le droit de percevoir une redevance sur les cartes microSD du 1er janvier au 17 octobre 2012. Nous nous penchons ci-dessous sur l'existence de telles circonstances exceptionnelles en l'espèce.

Positions des parties sur les questions soulevées dans l'avis de la Commission du 29 novembre 2012

[50] Peu après l'entrée en vigueur du *Règlement*, les parties ont été invitées à répondre à quatre questions, selon l'hypothèse que les cartes microSD se qualifiaient comme support audio et que toute redevance applicable serait perçue rétroactivement à compter du 1er janvier 2012 :

> a) serait-il intrinsèquement injuste d'établir un tarif, sachant que l'expérience passée a prouvé que la perception rétroactive est difficile ou impossible dans le régime de copie privée?
>
> b) la mise en place d'une structure comptable et de rapport pour une période de moins de dix mois entraînerait-elle des coûts démesurés compte tenu des redevances proposées ou potentielles?
>
> c) les coûts associés à un examen de la question de savoir si les cartes microSD sont des supports audio seraient-ils démesurés compte tenu des redevances proposées ou potentielles?
>
> d) serait-il intrinsèquement injuste d'établir un tarif pour tout autre motif?

[51] Les opposants ont répondu aux questions par l'affirmative, et la SCPCP, par la négative.

[52] Le CCCD seul soutient que la Commission ne peut homologuer un tarif pour les cartes microSD une fois le *Règlement* entré en vigueur. Il affirme que l'annonce ministérielle et le résumé de

Impact Analysis Statement are clear: by enacting the *Regulations*, the government wished to prevent the Board from deciding whether a microSD card is an audio recording medium. In RCC's opinion, this is not only practical but fair: no right vests in CCPC unless and until the Board certifies a tariff in accordance with the law.

[53] All of the Objectors contend that, under the circumstances, putting a levy on microSD cards would be operationally unfeasible, disproportionately costly and intrinsically unfair. Among the many arguments offered in support of this proposition, the following are relevant.

[54] First, past experience shows the retroactive collection of private copying royalties is either difficult or impossible. CPCC itself has recognized how difficult it is to retroactively collect a new levy for an unspecified amount on an item sold in massive quantities and through countless channels.[24]

[55] Second, the costs of setting up the reporting structures necessary to account for the levy, for a period of less than ten months, would be disproportionate to any proposed or potential royalties. Nothing compelled importers or distributors to set up a reserve, to keep records or to otherwise anticipate the results of a Board ruling. It is unlikely that any of them did so. A letter CPCC circulated in late 2011, suggesting that this be done, is of no legal effect. Developing systems to track past sales after the fact is likely even more difficult and costly than establishing reporting structures in advance of future sales. Any such structures would fail to generate accurate, relevant information. Reporting systems would be entirely new, would require substantial time and expense and could not be amortized over an extended tariff period.

l'étude d'impact de la réglementation sont clairs : par l'adoption du *Règlement*, le gouvernement souhaite éviter que la Commission tranche la question de savoir si une carte microSD constitue un support audio ou non. Selon le CCCD, cela est non seulement pratique, mais juste : aucun droit n'est dévolu à la SCPCP avant que la Commission homologue un tarif conformément à la loi.

[53] Tous les opposants soutiennent que, dans les circonstances, l'imposition d'une redevance sur les cartes microSD serait impossible à appliquer concrètement, disproportionnellement coûteuse et intrinsèquement injuste. Parmi les nombreux arguments présentés à l'appui de cette affirmation, ceux qui suivent sont pertinents.

[54] Premièrement, l'expérience passée montre que la perception rétroactive de redevances sur la copie privée est difficile, voire impossible. La SCPCP elle-même a reconnu combien il est difficile de percevoir rétroactivement une nouvelle redevance d'un montant indéfini sur un article vendu en masse et par un nombre incalculable de canaux.[24]

[55] Deuxièmement, le coût de la mise en place des structures de rapport nécessaires pour tenir compte de la redevance, pour une période de moins de dix mois, serait disproportionné par rapport à toute somme que pourrait représenter la redevance proposée ou potentielle. Rien n'obligeait les importateurs ou les distributeurs à prévoir une réserve, à garder des dossiers ou à anticiper de quelque autre manière le résultat d'une décision de la Commission. Il est peu probable qu'ils l'aient fait. Une lettre envoyée par la SCPCP vers la fin de 2011 suggérant que ces mesures soient prises n'a aucun effet juridique. La mise en place rétroactive de systèmes de suivi des ventes passées est probablement encore plus difficile et coûteuse que la mise en place de structures de rapport en prévision de ventes à venir. Aucune pareille structure ne produirait de renseignements exacts ou pertinents. Les systèmes de rapport seraient entièrement nouveaux, exigeraient un investissement en temps et des

[56] Third, the legal, expert and other costs and disbursements that would be incurred if the Board proceeded with Phase II also would be disproportionate to the proposed or potential royalties and as such, inherently unfair. Phase II would require deciding both whether a microSD card is an audio recording medium and if so, what is the appropriate royalty. Each would require detailed evidence, analysis and submissions. Assessing ordinary use would require knowing who uses microSD cards, why and how much. Quantitative evidence would have to be commissioned, gathered, presented, analysed and tested. The costs would amount to hundreds of thousands of dollars.

[57] Fourth, requiring the Objectors to incur the expenses involved in proceeding with Phase II simply because CPCC expended resources on preparing for Phase I is neither justified nor rationally sound.

[58] CPCC's response to the Objectors' relevant arguments can be outlined as follows.

[59] First, to argue that the Board lost the power to certify a tariff for the period before the *Regulations* once they came into force makes no sense. The retroactive effect of a tariff cannot be dependent on the actions of an agent who is a third party to the decision maker. Furthermore, the chronology of events shows that the government, far from wishing to prevent the Board from certifying a tariff for the period to October 17, 2012, choose to address future situations only and consciously left untouched the period before the *Regulations* took effect.

dépenses considérables et ne pourraient être amortis que sur une longue période de tarification.

[56] Troisièmement, les frais juridiques, les frais d'experts et les autres coûts et décaissements qui seraient occasionnés si la Commission passait à la deuxième étape des présentes seraient aussi disproportionnés par rapport aux redevances proposées ou potentielles et, par conséquent, intrinsèquement injustes. La deuxième étape exigerait de déterminer si une carte microSD constitue un support audio et, dans l'affirmative, le taux de redevance qui s'applique. Chaque décision appellerait une preuve, des analyses et des observations détaillées. L'évaluation de l'usage habituel exigerait de déterminer qui utilise des cartes microSD, à quelles fins et dans quelle mesure. Des données quantitatives devraient être commandées, collectées, présentées, analysées et vérifiées. Les coûts se situeraient dans les centaines de milliers de dollars.

[57] Quatrièmement, il ne serait ni justifié ni raisonnable d'exiger que les opposants assument les dépenses liées à la deuxième étape simplement parce que la SCPCP a consacré des ressources à sa préparation pour la première étape.

[58] La réponse de la SCPCP aux arguments pertinents des opposants peut se résumer comme suit.

[59] Premièrement, il est insensé de prétendre que la Commission n'a plus compétence pour homologuer un tarif pour la période précédant l'adoption du *Règlement* une fois ce dernier entré en vigueur. L'effet rétroactif d'un tarif ne saurait être tributaire de mesures prises par un agent qui est une tierce partie par rapport au décideur. En outre, la chronologie des événements montre que le gouvernement, loin de souhaiter empêcher la Commission d'homologuer un tarif pour la période se terminant le 17 octobre 2012, a choisi de statuer sur les situations futures uniquement et s'est délibérément abstenu d'intervenir quant à la période précédant l'entrée en vigueur du *Règlement*.

[60] Second, subsection 83(7) of the *Act* supports the proposition that the Board's discretion to certify or not a tariff arises only once the Board has considered a proposed tariff. Refusing to hear is not the same as deciding not to certify after having heard. The Board would be in default of its statutory obligations if it should conclude that inconveniences to the Objectors trump the right that existed for copyright owners until the *Regulations* came into effect.

[61] Third, the Board's questions, by focussing on inconveniences to the Objectors, miss the fundamental issue: should copyright owners be denied the right to receive remuneration for copies of music made onto microSD cards during a period when the *Regulations* were not in effect? Copyright owners have a right, now limited in time but fundamental nonetheless, to collect levies if microSD cards were audio recording media up to October 17, 2012. The Board's duty is to decide whether they were and, if so, what the levy should be. Whether this creates inconveniences or costs to the Objectors is irrelevant. The Board routinely goes through its full inquiry process to certify tariffs that result in much less royalties. The real unfairness would be to allow for the expropriation without compensation of a right that copyright owners have begun to enforce, by filing a proposed statement of royalties, without even hearing the case.

[62] The unfairness that would result from denying copyright owners the right to collect the levy on microSD cards before the *Regulations* came into force would be compounded if such denial was based on possible inconveniences and costs to the Objectors after CPCC has spent considerable amounts to prepare its case. CPCC invested substantial funds on the understanding that their proposed tariff for microSD cards would be heard and that a levy could be established. It would be unfair for the Board to decline to even

[60] Deuxièmement, le paragraphe 83(7) de la *Loi* prévoit que la discrétion dont dispose la Commission pour l'imposition ou non d'un tarif ne s'applique qu'après l'examen du projet de tarif. Le refus d'examiner un tarif est différent de la décision de ne pas en homologuer après l'avoir examiné. La Commission manquerait à ses obligations si elle concluait que les inconvénients posés aux opposants ont préséance sur le droit dévolu aux titulaires avant l'entrée en vigueur du *Règlement*.

[61] Troisièmement, les questions de la Commission, en insistant sur les inconvénients posés aux opposants, passent à côté de la question essentielle : les titulaires de droits devraient-ils être privés du droit de recevoir une rémunération pour les copies musicales faites sur des cartes microSD alors que le *Règlement* n'était pas en vigueur? Les titulaires ont un droit, fondamental même s'il est dorénavant limité dans le temps, de percevoir des redevances jusqu'au 17 octobre 2012 si les cartes microSD constituaient des supports audio. La Commission a le devoir de déterminer si c'était le cas et, le cas échéant, de fixer le taux de redevance. L'existence ou non d'inconvénients ou de coûts pour les opposants n'est pas pertinente. La Commission applique couramment son processus d'enquête complet pour homologuer des tarifs générant des redevances beaucoup moins importantes. L'iniquité réelle consisterait à permettre le retrait sans compensation d'un droit que les titulaires ont commencé à exercer, en déposant un projet de tarif, sans que soit entendue leur cause.

[62] L'iniquité qui découlerait du déni du droit des titulaires à percevoir des redevances sur les cartes microSD avant l'entrée en vigueur du *Règlement* serait exacerbée si pareil déni se fondait sur les inconvénients et coûts potentiels pour les opposants, sachant que la SCPCP a consacré des sommes considérables à la préparation de sa cause. La SCPCP a investi des sommes substantielles, tenant pour acquis que le projet de tarif pour les cartes microSD serait examiné et qu'une redevance pourrait être établie.

hear the case that CPCC has already prepared while excusing the Objectors from the requirement to commit corresponding resources to bring forward their own evidence and arguments.

Il serait injuste que la Commission s'abstienne ne serait-ce que d'entendre les arguments déjà préparés par la SCPCP et évite aux opposants d'avoir à consacrer des ressources comparables pour présenter leur propre preuve et leurs propres arguments.

[63] Fourth, statements that the Objectors' costs would be disproportionate are unsupported. The Board's questions have only elicited subjective responses from which no useful information can be adduced to help the Board conclude even on the very questions it asked. There is no hard information, no quantification of the costs that would be incurred in pursuing the hearings or conforming to the regime with respect to microSD cards, only subjective conclusions and self-serving statements.

[63] Quatrièmement, rien n'étaye les affirmations selon lesquelles les coûts pour les opposants seraient disproportionnés. Les questions de la Commission n'ont donné lieu qu'à des réponses subjectives qui ne fournissent pas d'information utile qui permettrait à la Commission de conclure quoi que ce soit, ne serait-ce qu'au sujet des questions mêmes qu'elle a posées. Aucune donnée précise, aucune quantification des coûts que représenteraient la poursuite de l'audience ou l'application du régime aux cartes microSD n'a été présentée, seulement des conclusions subjectives et des affirmations intéressées.

[64] In any event, it is impossible to believe that the costs the Objectors would incur, to be shared among many large companies, would either be excessive in the absolute or that they would represent more than a fraction of the amounts CPCC might reasonably collect if it is successful in making its case to the Board: the amounts generated for the period to October 17, 2012 under the rates CPCC proposed would be greater than $8 million.

[64] Quoi qu'il en soit, on ne saurait croire que les coûts que devraient assumer les opposants, qui seraient partagés entre un grand nombre de grandes entreprises, seraient excessifs dans l'absolu ou représenteraient plus qu'une fraction des sommes que la SCPCP peut raisonnablement espérer percevoir si elle a gain de cause : sur la base des taux proposés par la SCPCP, une somme de plus de 8 millions de dollars serait perçue pour la période se terminant le 17 octobre 2012.

[65] Furthermore, it is difficult to imagine that the accounting and reporting structures necessary to comply with the proposed tariff are not already in place. Reporting requirements are minimal and simple. They only require information the Objectors should already have.

[65] En outre, on peut difficilement croire que les structures comptables et de rapport nécessaires à l'application du tarif proposé ne sont pas déjà en place. Les obligations de rapport sont minimes et non complexes. Elles ne visent que des renseignements dont les opposants devraient déjà disposer.

[66] Fifth, past situations in which CPCC agreed not to collect levies retroactively differ from the current one. It cannot be concluded from these past events that it is impossible to collect levies retroactively under the private copying regime.

[66] Cinquièmement, les situations antérieures dans lesquelles la SCPCP a accepté de ne pas percevoir de redevances diffèrent de la présente. On ne peut en conclure qu'il est impossible de percevoir rétroactivement des redevances dans le régime de copie privée.

[67] Issues relating to the retroactive nature of the tariff must be viewed against the following. The proposed tariff was filed on March 31, 2011. Initially, the hearing date was set for May 15, 2012. At the insistence of the Objectors, that date was moved to October 9, 2012. The Board agreed to this postponement, on September 13, 2011, "with considerable reluctance," noting that the schedule proposed by CPCC was "realistic, as long as the Objectors avoided procrastinating" and "strongly urged" the Objectors "to ensure that the information required to calculate an eventual levy on memory cards is compiled starting January 1, 2012." On November 18, 2011, CPCC announced its firm intention to collect levies retroactively; it then notified all current and past reporting companies. Proper notice was given and hence, there should be no difficulty in effecting such retroactive collection.

[67] Les questions que soulève la nature rétroactive du tarif doivent être considérées en tenant compte des éléments suivants. Le projet de tarif a été déposé le 31 mars 2011. La date d'audience initiale a été fixée au 15 mai 2012. Devant l'insistance des opposants, la date a été reportée au 9 octobre 2012. La Commission a accepté ce report, le 13 septembre 2011, [TRADUCTION] « avec beaucoup de réticence », et elle a souligné que le calendrier proposé par la SCPCP était [TRADUCTION] « réaliste, pour autant que les opposants s'abstiennent de temporiser » et a [TRADUCTION] « fortement encouragé les opposants à s'assurer que l'information nécessaire au calcul d'une éventuelle redevance sur les cartes de mémoire soit collectée à compter du 1er janvier 2012 ». Le 18 novembre 2011, la SCPCP a annoncé son intention ferme de percevoir rétroactivement les redevances; elle a par la suite avisé toutes les sociétés déclarantes actuelles et passées. Un avis approprié a été donné et, par conséquent, la rétroactivité ne devrait pas poser de problème.

[68] In any event, it is for CPCC alone to waive the right to collect the levy retroactively, and is not bound by its past actions.

[68] De toute manière, il appartient à la SCPCP seule de renoncer au droit de perception rétroactive de la redevance, et la SCPCP n'est pas liée par ses gestes passés.

[69] In reply, the Objectors reiterated their initial pleadings in all but one respect. They argued that the inference CPCC drew from the chronology of events (i.e. that the government did not intend the *Regulations* to be retroactive) was incorrect. The stated intention is that no royalties should be paid.

[69] En réplique, les opposants ont répété leurs arguments de départ en tous points sauf un. Ils ont fait valoir que l'interprétation que fait la SCPCP de la chronologie des événements (selon laquelle le gouvernement n'avait pas l'intention de rendre le *Règlement* rétroactif) est erronée. L'intention déclarée du gouvernement était qu'aucune redevance ne soit imposée.

Analysis

Analyse

[70] We disagree with RCC on the issue of jurisdiction, for the reasons CPCC offered. The Board remains seized of the current matter as it relates to microSD cards for the period from January 1 to October 17, 2012. We must now decide the matter.

[70] Nous ne sommes pas d'accord avec le CCCD sur la question de compétence, pour les raisons présentées par la SCPCP. La Commission reste saisie de l'espèce en ce qui concerne les cartes microSD pour la période du 1er janvier au 17 octobre 2012. Il nous appartient donc de trancher maintenant la question.

[71] Whether the right to collect a levy vests only once a tariff is certified is irrelevant. This is not the right in issue here. What is at play is CPCC's right to request that the Board decide whether or not it is entitled to a tariff. That right vested when CPCC filed a timely proposed statement of royalties.

[72] Pursuant to subsection 83(8) of the *Act*, the Board is required, upon concluding its consideration of a proposed private copying tariff, to set a levy and its related terms and conditions, to vary the tariff accordingly and to certify the tariff as the approved tariff. Subsection 83(9) also provides that, in exercising this function within the private copying regime, the Board "shall satisfy itself that the levies are fair and equitable."

[73] In this instance, dealing with microSD cards raises unique issues. These issues stem not from the content of the tariff proposal. They arise as a result of a single event triggered not by the Board or by any party, but by an agent external to this process: the authority that made the *Regulations*. In saying this, we look at the *Regulations* not as a legal instrument, but as a fact or event. This single event amplifies the relative importance and practical repercussions of both the process the Board would be required to follow before it could certify a tariff and the measures necessary to implement such a tariff.

[74] In 2008, the Board declined to certify a tariff for some activities based on the lack of evidence, even though a right to be compensated existed for the targeted activities.[25] The Federal Court of Appeal agreed with the Board.[26] Both decisions were largely based on a complete lack of evidence. Such is not the case here.

[71] La question de savoir si le droit de percevoir une redevance est dévolu seulement une fois le tarif homologué n'est pas pertinente. Là n'est pas ce qui nous intéresse. Ce qui importe en l'espèce est le droit de la SCPCP de demander à la Commission de décider si elle a droit ou non à un tarif. Ce droit a été dévolu lorsque la SCPCP a déposé en temps opportun un projet de tarif.

[72] Conformément au paragraphe 83(8) de la *Loi*, la Commission doit, au terme de son examen d'un projet de tarif pour la copie privée, établir les redevances et leurs modalités, modifier le projet de tarif en conséquence et certifier le projet de tarif pour en faire le tarif homologué. Le paragraphe 83(9) prévoit aussi que pour l'exercice de cette attribution dans le régime de copie privée, la Commission « doit s'assurer que les redevances sont justes et équitables ».

[73] Dans la présente, l'examen des cartes microSD soulève des questions uniques. Ces questions ne découlent pas du contenu du projet de tarif, mais d'un événement particulier qui n'est attribuable ni à la Commission ni à l'une des parties, mais à un agent qui ne prend pas part au processus, soit l'autorité ayant adopté le *Règlement*. En l'occurrence, nous considérons le *Règlement* non comme un instrument juridique, mais comme un fait ou un événement. Cet événement particulier exacerbe l'importance relative et les répercussions réelles tant du processus que devrait suivre la Commission avant de pouvoir homologuer un tarif que des mesures nécessaires à la mise en œuvre dudit tarif.

[74] En 2008, la Commission a refusé d'homologuer un tarif pour certaines activités en raison d'un manque de données, malgré l'existence d'un droit à compensation découlant des activités en question.[25] La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.[26] Ces deux décisions étaient fondées en grande partie sur l'absence totale d'éléments de preuve, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[75] Yet *SOCAN v. Bell* does provide helpful guidance in these proceedings:

> That the Board's obligation in considering a demand for the certification of a proposed tariff is to approve and certify a fair and reasonable tariff is not disputed. This is inherent in its obligation to balance the competing interests of copyright holders, service providers and the public.[27]

[76] The Federal Court of Appeal made this statement in a context where the *Act* does not specify that the Board must act fairly. Here, the *Act* does provide that the Board "shall satisfy itself that the levies are fair and equitable." Consequently, it is as important or more that we avoid setting levies that are not fair and equitable. We interpret the Court's statement as meaning that if we conclude that it is possible to certify a fair and equitable tariff for certain media and impossible for others, we should certify a tariff for the first and decline to do so for the second even if the second otherwise qualify as audio recording media.

[77] In deciding whether it is possible to certify a fair and equitable tariff for microSD cards, we find the following to be relevant.

[78] First, microSD cards are not and have never been subject to a private copying levy. As of October 18, 2012, these cards cannot be subject to such a levy.

[79] Second, any levy we certify will apply only from January 1 to October 17, 2012.

[80] Third, the additional costs to the Objectors and to CPCC of creating the additional record required to decide whether a microSD card is an audio recording medium and if so, what should be

[75] Malgré tout, *SOCAN c. Bell* fournit des directives utiles en l'espèce :

> Il n'est pas contesté que, lorsqu'elle examine une demande d'homologation d'un projet de tarif, la Commission a l'obligation d'approuver et d'homologuer un tarif équitable et raisonnable. Cela fait partie de son obligation de soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public [...][27]

[76] La Cour d'appel fédérale a fait cette déclaration dans un contexte où la *Loi* ne précise pas que la Commission doit agir de façon juste. En l'espèce, la *Loi* prévoit expressément que la Commission « doit s'assurer que les redevances sont justes et équitables ». Par conséquent, il est aussi sinon plus important que nous évitions d'établir des redevances qui ne seraient pas justes et équitables. Nous interprétons la déclaration de la Cour comme une indication que si nous jugeons qu'il est possible d'homologuer un tarif juste et équitable pour certains supports et impossible de le faire pour d'autres, nous devrions le faire dans le premier cas et refuser de le faire dans le second, même si le support se qualifie par ailleurs comme support audio dans le second cas.

[77] En vue de déterminer s'il est possible d'homologuer un tarif juste et équitable pour les cartes microSD, nous jugeons que ce qui suit est pertinent.

[78] Premièrement, les cartes microSD ne sont pas assujetties à une redevance de copie privée, et elles ne l'ont jamais été. Depuis le 18 octobre 2012, elles ne peuvent l'être.

[79] Deuxièmement, toute redevance que nous pourrions homologuer ne s'appliquera que du 1er janvier au 17 octobre 2012.

[80] Troisièmement, les coûts supplémentaires que devraient assumer les opposants et la SCPCP pour créer la preuve additionnelle nécessaire à trancher la question de savoir si les cartes

the appropriate royalty, would be in the hundreds of thousands of dollars or more. Deciding whether microSD cards are ordinarily used to copy music can be done based on well-established principles.[28] Still, the decision would require determining who uses such memory cards, for what purpose and to what extent. Experience shows that the evidence needed to decide such issues is complex and costly to commission, gather, present, analyse and test.

[81] These costs would not be less by reason that the period during which the levy would apply would be both short and finite. Also, since we do not have the power to award costs, each side would be required to bear their own expenses irrespective of how successful (or unsuccessful) each would be.

[82] The fact that CPCC has already expended time and money to prepare and present its case up to now cannot justify requiring the Objectors to do the same if we conclude that the resulting tariff will inevitably be unfair and inequitable.

[83] Fourth, the royalties generated would most likely be relatively modest, and certainly less than what CPCC proposed for the following reasons. CPCC's proposed rates rely on the Stohn/Audley model which determines royalty rates as the product of a price per track and the number of tracks copied onto the blank media. The price per track is the same for both microSD cards and blank CDs: one cannot expect it to be higher for the former than the latter. But because of its reliance on the number of tracks copied, the model tends to generate high royalty rates for microSD cards. Having decided to abandon the model for blank CDs, we would not use it either to set a levy on microSD cards. As a result, a strong possibility exists that the amounts to distribute would be less than the costs entailed in collecting and distributing the levy.

microSD constituent un support audio et, le cas échéant, à établir la redevance appropriée s'élèveraient à des centaines de milliers de dollars, voire plus. On peut déterminer si les cartes microSD sont habituellement utilisées pour copier de la musique en se fondant sur des principes bien établis.[28] Malgré tout, il faudrait déterminer qui utilise ces cartes mémoire, à quelles fins et dans quelle mesure. L'expérience montre qu'il est complexe et coûteux de commander, de collecter, de présenter, d'analyser et de vérifier les données nécessaires à trancher ce type de question.

[81] Ces coûts ne seraient pas réduits du fait que la période pendant laquelle la redevance s'appliquerait serait à la fois courte et déterminée. De plus, comme nous n'avons pas le pouvoir d'accorder des dépens, chacune des parties devrait assumer ses dépenses, peu importe la mesure dans laquelle elle obtient ou non gain de cause.

[82] Le fait que la SCPCP a déjà consacré temps et argent à la préparation et à la présentation de ses arguments jusqu'à présent ne saurait justifier que nous imposions aux opposants de faire de même si nous concluons que le tarif serait inévitablement injuste et inéquitable.

[83] Quatrièmement, les redevances générées seraient selon toute probabilité relativement modestes et sans aucun doute inférieures à celles proposées par la SCPCP. Les taux proposés par la SCPCP reposent sur le modèle Stohn/Audley qui détermine les taux de redevances comme le produit d'un prix par piste et du nombre de pistes copiées sur un support vierge. Le prix par piste est le même pour les cartes microSD et les CD vierges : on ne peut s'attendre à ce qu'il soit plus élevé pour les premières que pour les seconds. Toutefois, à cause de son utilisation du nombre de pistes copiées, le modèle a tendance à générer des taux de redevances élevés pour les cartes microSD. Comme nous avons décidé d'abandonner ce modèle en ce qui concerne les CD vierges, nous ne l'utiliserions pas non plus pour fixer les redevances perçues sur les cartes microSD. En conséquence, il est fort probable que

la somme à répartir serait inférieure aux coûts associés à la perception et à la distribution de la redevance.

[84] Fifth, the time, effort and money associated with creating reporting systems, reporting, auditing and anything else that may be required to comply with the tariff and to assess such compliance would also be non-recoupable. Normally, this would simply be a cost of doing business, to be amortized over time. Here, the *Regulations* remove that option.

[84] Cinquièmement, le temps, les efforts et l'argent engloutis dans la création de systèmes de rapport, la production de rapports, la vérification et toute autre activité qui pourrait être nécessaire pour se conformer au tarif et en vérifier le respect seraient aussi irrécupérables. Normalement, ces coûts seraient simplement le prix à payer pour faire des affaires et pourraient être amortis au fil du temps. Or le *Règlement* exclut cette possibilité.

[85] Dealing with the costs and disruptions linked to establishing accounting and reporting mechanisms and structures is an inherent reality to all tariffs. However, in the case at hand, this reality is exacerbated by many factors. This is a tariff of first impression. The period over which to amortize associated costs is both very short and already past. It is very difficult to justify such disruptions when the tariff is short-lived, likely relatively modest and entirely retroactive.

[85] La gestion des coûts et des inconvénients causés par la création de mécanismes et de structures comptable et de rapport est une réalité inhérente à tout tarif. Cependant, en l'espèce, cette réalité est exacerbée par de nombreux facteurs. Il s'agit d'un premier tarif. La période sur laquelle pourraient être amortis les coûts afférents est à la fois très courte et déjà révolue. Il est très difficile de justifier de pareils inconvénients lorsque le tarif est de courte durée, possiblement relativement modeste et entièrement rétroactif.

[86] Private parties are free to litigate even when this makes no economic sense. An application before the Board is not a civil cause of action. We must balance competing interests, some of which are not represented. As an economic regulator, we must heed economic considerations. Any "friction" that may result from the retroactive collection of royalties is a relevant consideration in deciding whether it is possible to certify a fair and equitable tariff in the first place. A new tariff (or a rate increase) can be phased in to make it more acceptable. A completely retroactive tariff cannot be phased in.

[86] Les parties privées sont libres d'entreprendre des démarches judiciaires, même lorsque cela va à l'encontre de toute logique économique. Or une demande présentée à la Commission ne constitue pas une cause d'action civile. Nous devons soupeser des intérêts concurrents, dont certains ne sont pas représentés. En tant qu'organisme de réglementation économique, nous devons tenir compte de considérations économiques. Toute « friction » que pourrait entraîner la perception rétroactive de redevances est un élément pertinent dans la décision visant à établir s'il est même possible d'homologuer un tarif juste et équitable. Un nouveau tarif (ou une augmentation de taux) peut être appliqué progressivement pour le rendre plus acceptable. Un tarif entièrement rétroactif ne peut pas être appliqué progressivement.

[87] We agree with CPCC that the decision not to collect royalties retroactively should rest with CPCC *once a tariff is certified*. This does not

[87] Nous convenons avec la SCPCP que la décision de ne pas prélever de redevances rétroactives devrait relever de la SCPCP *une fois*

affect what we can or should do if we conclude that any tariff we may certify would be not fair and equitable. In this instance, the tariff would be short-lived and totally retroactive. The difficulties and disruptions resulting from such a measure would not be simply greater than as in any past occurrence in the private copying market; they would be of a different order and nature.

qu'un tarif est homologué. Cela n'influence en rien ce que nous pouvons ou devons faire si nous estimons que tout tarif que nous pourrions homologuer serait injuste et inéquitable. En l'espèce, le tarif serait de courte durée et entièrement rétroactif. Non seulement les difficultés et les perturbations qui en résulteraient auraient une importance inégalée dans l'histoire du marché de la copie privée, mais elles seraient d'un autre ordre et d'une autre nature.

[88] We disagree that stopping the process now would be unfair to CPCC. CPCC filed all its evidence in chief in relation to Phase I. Absent opposing evidence or argument, there is nothing that CPCC could add that fairness requires.

[88] Nous ne sommes pas d'accord pour dire que l'arrêt du processus à l'étape actuelle serait inéquitable envers la SCPCP. La SCPCP a déposé l'ensemble de sa preuve principale à l'égard de la phase I. En l'absence de preuve ou d'arguments contraires, rien de ce que pourrait ajouter la SCPCP ne servirait l'exigence d'équité.

[89] When taken as a whole, the circumstances of this case make any attempt at certifying a fair and equitable tariff for microSD cards impossible. The determination, implementation and enforcement of any potential tariff will almost inevitably be largely futile, certainly unfair and considerably disruptive. This is an exceptional situation, one that lends itself to the proper exercise of our discretion to refuse to certify a tariff not because of a lack of evidence, but because any tariff we would set would be, under these very special circumstances, manifestly unfair and inequitable.

[89] L'ensemble des circonstances de l'espèce rend impossible toute tentative d'homologation d'un tarif juste et équitable pour les cartes microSD. La détermination, la mise en œuvre et l'application d'un éventuel tarif seront presque inévitablement largement futiles, assurément injustes et substantiellement perturbatrices. Il s'agit d'une situation exceptionnelle se prêtant à l'exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire dont nous disposons pour refuser d'homologuer un tarif, non pas en raison d'un manque de données, mais parce que tout tarif que nous pourrions homologuer serait, dans ces circonstances très particulières, manifestement injuste et inéquitable.

[90] For the above reasons, we conclude that we cannot certify a levy on microSD cards and fulfil the statutory requirement that we be satisfied that the levy is fair and equitable. For that reason, we will not certify a rate for microSD cards. Consequently, it is unnecessary to proceed with Phase II.

[90] Pour les raisons ci-dessus, nous concluons que nous ne pouvons homologuer une redevance sur les cartes microSD tout en nous assurant que le tarif est juste et équitable, comme l'exige la *Loi*. Pour cette raison, nous n'homologuerons pas un tarif pour les cartes microSD. En conséquence, il est inutile de passer à la deuxième étape.

[91] We wish to add the following.

[91] Nous souhaitons ajouter les observations suivantes.

[92] A case could be made that, in these proceedings, CPCC's conduct was highly diligent, while the Objectors' was far less so. This is not relevant. The only critical temporal element in these proceedings is the date on which the *Regulations* came into force.

[93] We did not address a number of arguments raised by the Objectors because it was not necessary. These include:

- whether manufacturers and importers could set up reserves;

- whether importers and manufacturers or consumers should bear the burden of the private copying regime;

- the potential detrimental impact of a retroactive tariff on the competitive market for the technology in issue in Canada;

- the possible confusion the certification of a retroactive, short-lived levy may cause consumers;

- the relevance of the so-called technological neutrality principle to setting a levy on a medium that is widely used for things other than to copy music.

[94] We did not address other arguments or points raised by the Objectors because they are irrelevant. These include:

- whether the *Regulations* could have been made retroactive or whether Parliament could have amended the *Act* to ensure that the private copying regime never applied to microSD cards;

- the likelihood that the Federal Court of Appeal would strike down any tariff certified by the Board;

[92] Il pourrait être avancé qu'en l'espèce, la SCPCP a fait preuve d'une grande diligence, et que c'est loin d'être le cas des opposants. Cet argument n'est pas pertinent. Le seul facteur temporel crucial en l'espèce est la date à laquelle le *Règlement* est entré en vigueur.

[93] Certains arguments soulevés par les opposants n'ont pas été examinés, car il n'était pas nécessaire de le faire, dont :

- la question de savoir si les fabricants et les importateurs avaient pu établir des réserves;

- la question de savoir si le fardeau du régime de copie privée devrait incomber aux importateurs et aux fabricants ou aux consommateurs;

- l'effet potentiellement négatif d'un tarif rétroactif sur le marché concurrentiel de la technologie en question au Canada;

- la confusion possible que l'homologation d'une redevance rétroactive de courte durée pourrait causer chez les consommateurs;

- la pertinence du principe dit de la neutralité technologique aux fins de la détermination d'une redevance visant un support largement utilisé à d'autres fins que la copie de musique.

[94] D'autres arguments ou points soulevés par les opposants n'ont pas été abordés parce qu'ils n'étaient pas pertinents, y compris :

- la question de savoir si le *Règlement* aurait pu être rétroactif ou si le Parlement aurait pu modifier la *Loi* de manière à veiller à ce que le régime de copie privée ne soit jamais appliqué aux cartes microSD;

- la probabilité que la Cour d'appel fédérale annule un tarif homologué par la Commission;

– the government's statement that it "cannot allow" a microSD cards tariff or that certifying a tariff would run counter to the spirit of the *Regulations*;

– the enactment of the *Regulations* as government statement that any levy on microSD cards would be viewed as unfair;

– statements contained in the Board's Report on Plans and Priorities and Departmental Performance Report.

– l'affirmation du gouvernement selon laquelle il « ne peut permettre » un tarif pour les cartes microSD ou selon laquelle l'homologation d'un tarif irait à l'encontre de l'esprit du *Règlement*;

– l'adoption du *Règlement* en tant qu'affirmation de la part du gouvernement que toute redevance sur les cartes microSD serait considérée comme injuste;

– certains extraits du *Rapport sur les plans et les priorités* et du *Rapport ministériel sur le rendement* de la Commission.

Apportioning the Levy Among Rights Holders

[95] Section 84 of the *Act* requires that we apportion the levy among authors, performers and makers. We were not asked to change the existing apportionment and see no reason to do so. Accordingly, authors are entitled to 58.2 per cent of royalties, performers to 23.8 per cent and makers to 18.0 per cent.

Répartition de la redevances entre les ayants droit

[95] L'article 84 de la *Loi* nous impose d'établir la quote-part de redevances revenant aux auteurs, artistes-interprètes et producteurs. On ne nous a pas demandé de modifier cette répartition et nous ne connaissons aucune raison de le faire. En conséquence, les auteurs ont droit à 58,2 pour cent des redevances, les artistes-interprètes, à 23,8 pour cent, et les producteurs, à 18 pour cent.

Certification of Separate Annual Tariffs

[96] On June 25, 2013, pursuant to paragraph 83(13)(*b*) of the *Act*, the Board made the Regulations Establishing the Periods Within Which Eligible Authors, Eligible Performers and Eligible Makers not Represented by Collective Societies Can Claim Private Copying Remuneration.[29] As required by this paragraph, the period within which an eligible rights holder who has not authorized a collective to file a proposed tariff is entitled to be paid a share of private copying royalties begins when a tariff ceases to be effective. For reasons outlined in the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) published with the Regulations,[30] CPCC is of the view that this requirement unduly complicates the allocation of royalties collected pursuant to a multi-year tariff. To avoid such complications, and as the Board had indicated in the RIAS, we

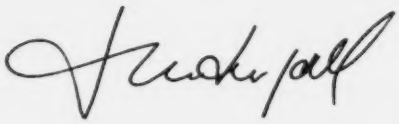
Homologation de tarifs annuels distincts

[96] Le 25 juin 2013, la Commission prenait, en vertu de l'alinéa 83(13)*b*) de la *Loi*, le Règlement fixant les périodes pendant lesquelles les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles non représentés par une société de gestion peuvent réclamer une rémunération pour la copie à usage privé.[29] Comme le prescrit cet alinéa, la période durant laquelle le titulaire admissible non représenté par une société de gestion peut réclamer une part des redevances de copie privée commence à la date de cessation d'effet d'un tarif. Pour des motifs énoncés dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) qui accompagne le Règlement,[30] la SCPCP est d'avis que cette exigence complique inutilement la répartition des redevances perçues en vertu d'un tarif pluriannuel. Pour éviter ces complications, et comme la Commission l'avait indiqué dans le

certify for 2012, 2013 and 2014 tariffs that are separate, though identical in all respects except for their effective period.

REIR, nous homologuons des tarifs distincts, mais identiques à tous égards sauf la période d'effet, pour 2012, 2013 et 2014.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. R.S.C., c. C-42.

2. SOR/2012-226.

3. R.S.C., c. F-7.

4. Exhibit CPCC-4.

5. Exhibit CPCC-4 at para. 127. Table 4.10 of Appendix D puts the total number of tracks copied at 1,811,600,000. For the reasons set out in footnote 3 to the table, this figure underestimates the actual number of tracks copied.

6. Exhibit CPCC-4 at para. 116.

7. Exhibit CPCC-4 at para. 128.

8. Exhibit CPCC-4, Appendix D, Table 5.2.

9. Exhibit RCC-2A, Santa Clara Consulting Group, *Flexible Media Industry for Data Recording, Canadian Market (2011)*, Table 16. [*Santa Clara Report*]

10. *Private Copying, 2011* (17 December 2010) Copyright Board Decision at para. 7, quoted below. [*PC VII*]

11. Exhibit CPCC-4A at paras. 10 to 12.

12. *Private Copying Tariff, 2008-2009* (5 December 2008) Copyright Board Decision at para. 20. [*PC V*] See also *Private Copying Tariff, 2010* (2 November 2010) Copyright Board Decision at para. 72. [*PC VI*]

    In *PC VI*, when informed that Canadians would copy eight million tracks onto audio cassettes, the Board concluded that cassettes were no longer ordinarily used to copy music and as such, no longer qualified for a levy:

NOTES

1. L.R.C., ch. C-42.

2. DORS/2012-226.

3. L.R.C., ch. F-7.

4. Pièce CPCC-4.

5. Pièce CPCC-4 au para. 127. Dans le tableau 4.10 de l'annexe D, on estime le nombre total de pistes copiées à 1 811 600 000. Pour les raisons décrites dans la note de bas de page n° 3 du tableau, il s'agit d'une sous-estimation du nombre réel de pistes copiées.

6. Pièce CPCC-4 au para. 116.

7. Pièce CPCC-4 au para. 128.

8. Pièce CPCC-4, annexe D, tableau 5.2.

9. Pièce RCC-2A, Santa Clara Consulting Group, *Flexible Media Industry for Data Recording, Canadian Market (2011)*, tableau 16. [*Rapport de Santa Clara*]

10. *Tarif pour la copie privée, 2011* (17 décembre 2010) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 7, cité plus loin. [*CP VII*]

11. Pièce CPCC-4 aux paras. 10 à 12.

12. *Tarif pour la copie privée, 2008-2009* (5 décembre 2008) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 20. [*CP V*] Voir aussi *Tarif pour la copie privée, 2010* (2 novembre 2010) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 72. [*CP VI*]

    Dans *CP VI*, informée du fait que les Canadiens copieraient huit millions de pistes sur des audiocassettes, la Commission a

PC VI at paras. 72 to 74.

13. *PC VI* at para. 61.

14. *Supra* note 9.

15. Exhibit CPCC-4, Appendix D presents the most recent set of data available from this Survey at the time of the hearing.

16. *Supra* note 10.

17. Compression was alluded to, but not addressed, in *PC V* at para. 38.

18. *PC VII* at para. 7.

19. Whether a medium that reaches the end of its technology life cycle also ceases to be ordinarily used to copy music is a matter better left undecided for the time being.

20. Everett M. Rogers. (2003) *Diffusion of Innovations*, Fifth Edition. (New York: Free Press). Laggards are, by construction, the last 16 per cent of individuals to adopt a product. Heterogeneous rates of technology abandonment have not been modeled extensively in the life cycle literature; however, technology abandonment can be viewed as adopting the next (presumably better) technology. In the homogenous context, Cox (1967) describes the decline phase as beginning when total revenues pass below 20 per cent of maximum revenues: William E. Cox, Jr. (1967) *Product Life Cycles as Marketing Models*, Journal of Business, Vol. 40, no. 4 at pp. 375-84.

21. Exhibit RCC-5A, International Survey of

conclu que les cassettes n'étaient plus utilisées habituellement pour copier de la musique, et donc, ne pouvaient plus être assujetties à une redevance : *CP VI* aux paras. 72 à 74.

13. *CP VI* au para. 61.

14. *Supra* note 9.

15. L'annexe D de la pièce CPCC-4 contient les données disponibles les plus récentes tirées de ce sondage en date de l'audience.

16. *Supra* note 10.

17. La compression a été évoquée, mais pas abordée, dans *CP V* au para. 38.

18. *CP VII* au para. 7.

19. Nous n'abordons pas la question de savoir si un support qui atteint la fin de son cycle de vie technologique cesse aussi d'être utilisé habituellement pour copier de la musique.

20. Everett M. Rogers (2003) *Diffusion of Innovations*, cinquième édition, New York, Free Press. Les retardataires sont, par construction, les 16 pour cent qui sont les derniers à adopter un produit. Les taux hétérogènes d'abandon de la technologie n'ont pas été modélisés très souvent dans la littérature sur les cycles de vie; cependant, l'abandon de la technologie peut être considéré comme l'adoption de la prochaine technologie (vraisemblablement supérieure). Dans un contexte d'homogénéité, Cox (1967) décrit la phase du déclin comme débutant lorsque le revenu total représente moins de 20 pour cent du revenu maximal : William E. Cox, Jr. (1967) *Product Life Cycles as Marketing Models*, *Journal of Business*, vol. 40, n° 4 aux pp. 375-384.

21. Pièce RCC-5A, *International Survey of*

Private Copying Law and Practice (2011) at 5.

22. *SOCAN Tariff 24 (Ringtones), 2003-2005* (18 August 2006) Copyright Board Decision at para. 86.

23. *Private Copying Tariff, 2003-2004* (12 December 2003) Copyright Board Decision at 44.

24. See *PC V* at para. 41. See also CPCC's letter of August 30, 2007 informing the Board of its decision not to collect levies on digital audio recorders retroactively.

25. *SOCAN 22.B to 22.G (Internet – Other Uses of Music) 1996-2006* (24 October 2008) Copyright Board Decision at paras. 108-117.

26. *SOCAN v. Bell Canada*, 2010 FCA 139 at paras. 19-30. [*SOCAN v. Bell*]

27. *Ibid* at para. 25.

28. Contrary to what some objectors argued: *AVS Technologies Inc. v. CMRRA* (2000), 7 CPR (4th) 68 (FCA) at paras. 5-9.

29. SOR/2013-143, *Canada Gazette* Part II, Vol. 147, No. 15 at p. 1998.

30. *Ibid.* at pp. 2000-2001.

Private Copying Law and Practice (2011) à la p. 5.

22. *Tarif n° 24 de la SOCAN (Sonneries), 2003-2005* (18 août 2006) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 86.

23. *Tarif pour la copie privée, 2003-2004* (12 décembre 2003) décision de la Commission du droit d'auteur à la p. 44.

24. Voir *CP V* au para. 41. Voir aussi la lettre de la SCPCP datée du 30 août 2007, dans laquelle elle informe la Commission de sa décision de renoncer à percevoir des redevances rétroactives sur les enregistreurs audionumériques.

25. *Tarifs 22.B à 22.G de la SOCAN (Internet – Autres utilisations de musique) 1996-2006* (24 octobre 2008) décision de la Commission du droit d'auteur aux paras. 108 à 117.

26. *SOCAN c. Bell Canada*, 2010 CAF 139 aux paras. 19 à 30. [*SOCAN c. Bell*]

27. *Ibid.* au para. 25.

28. Contrairement à ce qu'ont prétendu certains opposants : *AVS Technology Inc. c. CMRRA*, 2000 7 CPR (4th) 68 (CAF) aux paras. 5 à 9.

29. DORS/2013-143, *Gazette du Canada* Partie II, Vol. 147, n° 15 à la p. 1998.

30. *Ibid.* aux pp. 2000-2001.